



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 32/00

Verkündet am:
30. Oktober 2003
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 2003 durch die Richter Dr. Wurm, Schlick, Dr. Kapsa, Dörr und Galke

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 11. November 1999 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin und hinsichtlich der Aufrechnungsforderungen aus dem Verkaufsfall Ma. zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einem Vertriebsvertrag, in welchem sie den Verkauf von Wohnungen, Läden, Büroflächen und Tiefgaragenplätzen auf einem von der Beklagten bebauten Grundstück in B. -F. übernommen hatte, auf Provisionszahlungen in Höhe von insgesamt 123.197,85 DM nebst Zinsen in Anspruch. Der Klageforderung liegen Ver-

kaufsfälle an die Kunden M. , A. , Dr. R. , F. , H. und Z. zugrunde. Darüber hinaus streiten die Parteien darüber, ob die Klägerin an sie ausgezahlte Provisionen für den Verkaufsfall Ma. (24.851,11 DM) und anlässlich des Erwerbs von Liegenschaften durch die Klägerin (50.145,75 DM) behalten darf und sich gegenüber der Beklagten wegen unrichtiger Angaben bei der Vermittlung der Immobilie schadensersatzpflichtig gemacht hat.

Das Landgericht hat der Klage entsprochen und die von der Beklagten geltend gemachten Gegenrechte für unbegründet angesehen. Die Beklagte hat dieses Urteil mit ihrer Berufung in vollem Umfang angefochten, innerhalb der Berufungsbegründungsfrist näher begründete Kritik jedoch nur zum Verkaufsfall F. und zur Versagung eines Provisionsrückzahlungsanspruchs wegen des Eigenerwerbs der Klägerin erhoben. Im weiteren Verlauf des Rechtsstreits hat sie sich hilfsweise Vorbringen der Klägerin zu eigen gemacht, allen Verkaufsfällen lägen Kaufverträge zugrunde, die wegen einer unzulässigen Bezugnahme auf ein Bodengutachten nicht formgerecht beurkundet worden seien. Ferner hat sie im Hinblick auf ein während des Berufungsverfahrens ergangenes Urteil des Kammergerichts, mit dem sie zu Schadensersatzleistungen an den Wohnungserwerber Ma. verurteilt wurde, vorsorglich die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von insgesamt 114.579,51 DM erklärt.

Das Berufungsgericht hat im Verkaufsfall F. einen Provisionsanspruch der Klägerin in geltend gemachter Höhe von 51.060,00 DM verneint und einen aufrechenbaren Bereicherungsanspruch der Beklagten hinsichtlich der für den Eigenerwerb der Klägerin gezahlten Provision bejaht. Dementspre-

chend hat es den Verurteilungsbetrag auf 21.992,10 DM nebst Zinsen herabgesetzt. Soweit die Beklagte mit Schadensersatzansprüchen aus dem Verkaufsfall Ma. aufgerechnet hat, hat es die Berufung als unzulässig verworfen. Die Klägerin begehrt mit ihrer Revision die volle Zuerkennung der von ihr geltend gemachten Provisionsansprüche, während die Beklagte mit ihrer Revision die vollständige Abweisung der Klage anstrebt. Der Senat hat die Revision der Beklagten insoweit nicht angenommen, als es um die Provisionsansprüche aus den Verkaufsfällen M. , A. , Dr. R. , H. und Z. geht.

Entscheidungsgründe

Die Revisionen der Parteien haben in dem jetzt noch verfolgten Umfang Erfolg; sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Revision der Klägerin

1. Das Berufungsgericht verneint im Verkaufsfall F. einen Provisionsanspruch der Klägerin, weil nach deren Vortrag der mit diesem Erwerber zustande gekommene Kaufvertrag nicht der notariellen Form des § 313 Satz 1 BGB a.F. entsprochen habe. Der Kaufvertrag enthalte nämlich - wie auch die anderen Kaufverträge, die in inhaltlich übereinstimmender Form geschlossen worden seien - eine unstatthafte Bezugnahme auf ein außerhalb der notariellen Urkunde liegendes Bodengutachten des Sachverständigen P. . Da die Klä-

gerin eine Heilung des Formmangels nach § 313 Satz 2 BGB a.F. nicht behauptet habe, sei wegen der behaupteten Nichtigkeit des Hauptvertrages ein Provisionsanspruch nicht entstanden.

2. Mit dieser Begründung kann ein Provisionsanspruch der Klägerin nicht verneint werden. Zwar ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß nach dem zwischen den Parteien bestehenden Vertriebsvertrag grundsätzlich nur wirksam geschlossene Hauptverträge Provisionsansprüche auslösen können. Der mit dem Erwerber F. geschlossene Kaufvertrag war jedoch - entgegen der von der Klägerin im Berufungsrechtszug vertretenen Meinung - wirksam. Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einem Rechtsstreit zwischen der hiesigen Beklagten als Verkäuferin und dem Erwerber H. , aus dessen Verkaufsfall im anhängigen Rechtsstreit ebenfalls Provisionsansprüche erhoben werden, durch Urteil vom 14. März 2003 (V ZR 278/01 - NJW-RR 2003, 1136) entschieden, ein Bodengutachten, das nach der Baubeschreibung zu beachten sei, nicht aber die vertragliche Beschaffenheit des Gebäudes bestimme, bedürfe keiner Beurkundung. Dieser Beurteilung, die nicht nur für den Verkaufsfall F. , sondern wegen der gleichartigen Vertragsgestaltung auch für die anderen Verkaufsfälle von Bedeutung ist, aus denen die Klägerin eine Provision beansprucht, schließt sich der Senat an.

An dieser Beurteilung ist der Senat nicht - wie die Beklagte meint - durch den Umstand gehindert, daß die Klägerin in der Vorinstanz die Auffassung vertreten hat, sämtliche notariellen Verträge, die mit Erwerbern von Teileigentumsrechten des Grundstücks geschlossen worden seien, seien nichtig, und daß die Beklagte sich diesen Vortrag hilfsweise zu eigen gemacht hat. Die Beklagte verkennt zwar nicht, daß grundsätzlich nur Tatsachen unstrittig gestellt

werden können. Sie vertritt aber unter Bezugnahme auf das Urteil BGHZ 135, 92, 95 die Auffassung, tatsächlichen Umständen seien Tatsachen in juristischer Einkleidung gleichzustellen, wenn dies durch einen einfachen Rechtsbegriff - wie hier "Unwirksamkeit der Kaufverträge" - geschehe, der jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs geläufig sei. Dabei komme es nicht darauf an, ob diese Nichtigkeit auf rechtlich und tatsächlich schwierigen Vorgängen beruhe. Maßgeblich sei allein das von den Parteien vorgetragene Ergebnis.

Diesen Überlegungen ist nicht zu folgen. Der hier zu beurteilende Sachverhalt weicht maßgebend von der dem Urteil BGHZ 135, 92, 95 zugrundeliegenden Konstellation ab, bei der - in bezug auf den von den Parteien verwendeten Begriff der Rechtsnachfolge - erstmals in der Revisionsverhandlung die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten wurde. Demgegenüber wurde die Wirksamkeit der Kaufverträge im anhängigen Verfahren zunächst überhaupt nicht bezweifelt. Erst im Berufungsverfahren vertrat die Klägerin - unter Offenlegung der für sie maßgebenden Gesichtspunkte - die Auffassung, die Kaufverträge seien nicht wirksam beurkundet worden. Auch wenn sich die Beklagte diese Rechtsauffassung hilfsweise zu eigen gemacht hat, hat sie sie doch in erster Linie bekämpft und für ihre Rechtsauffassung in dem zitierten Verfahren vor dem V. Zivilsenat erfolgreich Revision geführt. Unter diesen Umständen war das Berufungsgericht nicht berechtigt, schon aufgrund des Vortrags der Klägerin von der Unwirksamkeit der Kaufverträge auszugehen, wenn die von der Klägerin hierfür angegebenen Gründe diese rechtliche Bewertung nicht rechtfertigten. Es durfte auch nicht, wie die Revisionserwiderung der Beklagten meint, insoweit ein bindendes unstreitiges Vorbringen zugrunde legen. Dementsprechend unterliegt die Frage der Wirksamkeit der abgeschlossenen Kaufverträge ohne weiteres der revisionsrechtlichen Überprüfung.

Ob der Klägerin im Verkaufsfall F. eine Provision zusteht, muß im weiteren Verfahren geprüft werden, weil sich das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - mit den von der Beklagten hiergegen erhobenen Einwänden nicht auseinandergesetzt und keine Feststellungen getroffen hat, die eine Beurteilung in der Revisionsinstanz erlauben würden.

3. Soweit das Berufungsgericht die Aufrechnung der Beklagten mit einem Bereicherungsanspruch in bezug auf die von ihr gezahlte Provision für den Eigenerwerb der Klägerin hat durchgreifen lassen, beruht diese Entscheidung ebenfalls auf der Beurteilung, der Kaufvertrag weise den erörterten Beurkundungsmangel auf. Das Berufungsgericht muß daher im weiteren Verfahren prüfen, ob die Beklagte für den Eigenerwerb der Klägerin die Zahlung einer Provision schuldete und welche Folgen sich daraus ergeben, daß nach dem Vortrag der Beklagten wegen einer Verrechnungsabrede nicht der tatsächliche Kaufpreis für die von der Klägerin erworbenen Immobilien beurkundet worden sein soll.

II. Revision der Beklagten

1. Soweit sich die Revision der Beklagten auf das Provisionsverlangen für die Verkaufsfälle M. , A. , Dr. R. , H. und Z. bezog, hat der Senat das Rechtsmittel nicht angenommen. Damit steht rechtskräftig fest, daß die Klägerin aus diesen Verkaufsfällen die geforderte Provision verlangen kann.

2. a) Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten insoweit für unzulässig gehalten, als der Klageforderung Schadensersatzansprüche aus dem Verkaufsfall Ma. entgegengehalten werden. Insoweit fehle es an einer Berufungsbegründung. Die Beklagte habe sich nämlich bezüglich dieses Verkaufsfalles in ihrer Berufungsbegründung vom 5. Mai 1998 nicht mit dem erstinstanzlichen Urteil auseinandergesetzt. Die mit Schriftsatz vom 7. April 1999 erklärte Aufrechnung sei somit verspätet. Im übrigen sei für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs im Wege der Aufrechnung § 530 Abs. 2 ZPO a.F. zu beachten. Nach dieser Vorschrift wäre die Aufrechnung selbst bei rechtzeitiger Erklärung nicht zuzulassen, weil die Sachdienlichkeit im Hinblick auf eine das Verfahren verzögernde Beweisaufnahme zu verneinen wäre.

b) Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsrügen sind begründet.

aa) Nach § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO a.F. muß die Berufungsbegründung die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) sowie der neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden enthalten, die die Partei zur Rechtfertigung ihrer Berufung anzuführen hat. Schon aus der Berufungsbegründung sollen Gericht und Gegner erkennen können, welche Gesichtspunkte der Berufungskläger seiner Rechtsverfolgung oder -verteidigung zugrunde legen, insbesondere welche tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils er bekämpfen und auf welche Gründe er sich hierfür stützen will. Dies gilt im Ansatz auch für die Behandlung einer zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung. Hält die erste Instanz diese Gegenforderung für unbegründet, muß der Berufungskläger

sich mit diesem selbständigen prozessualen Anspruch in einer den Anforderungen des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO a.F. genügenden Weise auseinandersetzen (vgl. BGH, Urteil vom 18. März 1993 - I ZR 48/91 - NJW 1993, 1866). Verzichtet er hierauf und wird zur Begründung der Berufung die (erneute) Aufrechnung mit einer Gegenforderung geltend gemacht, kann auf eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil nur verzichtet werden, wenn die im Berufungsrechtszug erstmals zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung weder mit der Klageforderung noch mit einer in der angefochtenen Entscheidung aberkannten Gegenforderung in rechtlichem oder tatsächlichem Zusammenhang steht (vgl. BGH, Beschluß vom 12. Juni 1997 - V ZB 8/97 - NJW 1997, 3449).

bb) Vorliegend ist bereits zweifelhaft, ob die Beklagte aus dem Verkaufsfall Ma. erstinstanzlich mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet hat. Sie hat zwar im Schriftsatz vom 10. Februar 1998 im Hinblick auf eine vom Erwerber Ma. gegen sie erhobene Klage hilfsweise die Aufrechnung mit verschiedenen Ansprüchen erklärt, abschließend aber zum Ausdruck gebracht, bis zur Klärung der Ansprüche des Erwerbers gegen sie mache sie gegenüber der Klageforderung ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils ist die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts zu entnehmen. Für die Anwendung des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO a.F. ist entscheidend, daß das Landgericht im Ergebnis die von der Beklagten angesprochene Gegenforderung nicht aberkannt, sondern nur ausgeführt hat, die Beklagte habe ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht nicht (hinreichend) dargelegt. Denn sie gehe selbst nicht davon aus, daß dem Erwerber Ma. gegen sie ein Anspruch auf Wandlung zustehe. Mangels Aberkennung ihrer (vorbehaltenen) Gegenforderungen im Verkaufsfall Ma. mußte sich die Berufungsbegründung der Beklagten auf diesen Gesichtspunkt daher nicht erstrecken. Das Be-

berufungsgericht wäre im übrigen nach § 537 ZPO a.F. verpflichtet gewesen, die von der Beklagten erstinstanzlich erhobene Einrede des Zurückbehaltungsrechts zu berücksichtigen, ohne daß sie im Berufungsverfahren erneut hätte erhoben werden müssen (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 1986 - IX ZR 145/85 - NJW-RR 1986, 991, 992).

cc) Die angefochtene Entscheidung wird auch nicht durch die Hilfsbegründung getragen, die im Berufungsverfahren erklärte Aufrechnung mit Ansprüchen aus dem Verkaufsfall Ma. sei verspätet und nach § 530 Abs. 2 ZPO a.F. nicht zuzulassen.

Angesichts des Umstands, daß der Rechtsstreit des Erwerbers Ma. gegen die Beklagte durch die Urteile des Landgerichts Berlin vom 7. September 1998 und des Kammergerichts vom 16. Juni 1999 erst nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist im anhängigen Verfahren entschieden worden ist, ist nicht ersichtlich, inwiefern die von der Beklagten auf dieser Grundlage mit Schriftsatz vom 7. April 1999 erklärte Aufrechnung verspätet sein soll. Das Berufungsgericht hat auch die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens bei der Frage verkannt, ob die Geltendmachung der Aufrechnung im anhängigen Verfahren sachdienlich ist. Zwar kann der von ihm hervorgehobene Gesichtspunkt eine Rolle spielen, durch eine notwendige Beweisaufnahme werde die Erledigung des Rechtsstreits verzögert. Dieser Gesichtspunkt trifft hier aber schon deshalb nicht zu, weil der Rechtsstreit auch aus anderen Gründen noch nicht zur Endentscheidung reif war. Es kommt hinzu, daß das Berufungsgericht im Rahmen der Prüfung der Sachdienlichkeit nicht beachtet hat, daß die für die Aufrechnungsforderung wesentlichen Gesichtspunkte bereits erstinstanzlich vorgetragen waren und daß sich eine gewisse Reduzierung

der Streitpunkte daraus ergab, daß die Beklagte der Klägerin in dem Rechtsstreit mit dem Erwerber Ma. den Streit verkündet hatte. Unter diesen Umständen überwiegt

das Interesse, die zwischen den Parteien bestehenden Streitpunkte über die Vermittlungstätigkeit der Klägerin und deren Honorierung im anhängigen Verfahren zu klären.

Wurm

Schlick

Kapsa

Dörr

Galke